Processo nº **020/2019**
Pregão Presencial para Registro de Preço nº **007/2019**
Assunto: **Registro de Preços para futura e eventual aquisição de gêneros alimentícios destinados à manutenção do programa de merenda escolar, programas e atividades desenvolvidas junto ao CREAS, CRAS, CEACA e demais Secretarias e Órgãos da Prefeitura Municipal.**

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO DO EDITAL

I – RELATÓRIO.

Trata-se de **IMPUGNAÇÃO** ao edital apresentada pela empresa **AP OESTE DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA - EPP**, pessoa jurídica de direito privado, possuidora do CNPJ nº 05.919.156/0001-94, com endereço na Rua do Comércio, Rod. SC 283, Bairro Centro, na cidade de Planalto Alegre/SC, que apresentou impugnação contra os termos do Edital de Pregão Presencial para Registro de Preço nº 007/2019, Processo Administrativo nº 020/2019, alegando, em síntese, que em conformidade com a Lei Complementar nº 147/2014 a mesma tornou imperativa e efetiva quanto a política de favorecimento as Micro e Pequenas empresas, devendo os lotes com valores até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) serem exclusivos para participação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Diante do alegado, solicita **RETIFICAÇÃO DO EDITAL**, devendo o mesmo ter caráter exclusivo para microempresas e empresas de pequeno porte.

É breve o relato.

II – FUNDAMENTAÇÃO.

Trata-se de impugnação ao edital na qual a impugnante solicita retificação do edital para que conste exclusividade na participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos lotes com valores até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Salutar trazer ao conhecimento que a presente licitação já foi por no mínimo uma vez prorrogada e alterada, sendo que os objetos a serem adquiridos para a mesma são de grande interesse público e de extrema urgência, a fim de repor em especial a merenda escolar, ou seja, não se trata da aquisição de materiais supérfluos ou que possam ser sua

aquisição protelada por muito tempo, pelo contrário, há grave necessidade na reposição destes materiais junto às secretarias municipais.

A alteração do edital a essa altura, só traria prejuízo ao interesse público e da própria população que aguarda a chegada dos mantimentos objetos deste certame.

Ademais, não há prejuízo as empresas de pequeno porte ou microempresas visto existir preferência de lances e participação no corpo do Edital, vejamos:

> 6.2 As microempresas e empresas de pequeno porte, para se beneficiarem da Lei Complementar nº. 123/2006 alterada pela lei 147/2014, deverão apresentar juntamente com o Credenciamento (fora dos envelopes):
>
> Certidão Simplificada expedida pela Junta Comercial, com data de emissão não superior a 120 (cento) dias, da abertura das propostas.
>
> 9.9.7. Após o encerramento da etapa de lances de cada item, será assegurada às microempresas e às empresas de pequeno, que comprovaram, observado o seguinte procedimento:
>
> a) A microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela detentora do melhor preço, no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após a convocação do Pregoeiro, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;
>
> b) Não ocorrendo à contratação na forma do subitem "a", serão convocadas as microempresas ou empresas de pequeno porte remanescentes que se enquadrem na hipótese do subitem 9.9.7, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;
>
> c) O disposto no subitem 9.9.7somente será aplicado quando o melhor preço ofertado na fase de lances não houver sido apresentado por microempresa ou empresa de pequeno porte.

Assim, poderá a própria impugnante fazer-se uso dos itens 6.2 e 9.9.7 para ter preferência nos lances e consequentemente da participação na presente licitação.

No contexto legal, a obrigatória realização de licitações diferenciadas e exclusivas cujo valor estimado não ultrapasse R$ 80 mil, o art. 49 da LC 123 trouxe, contudo, algumas exceções para essa regra geral, hipóteses nas quais a necessidade da adoção deste tratamento diferido não precisará ser observada. Vejamos o que diz tal dispositivo, especialmente seus incs. II e III:

> **Art. 49 - Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:**
>
> I - (Revogado);
>
> II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;
>
> **III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;**
>
> V - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48 (grifos acrescidos).

A situação de afastamento da exclusividade que queremos destacar diz respeito ao requisito de vantajosidade e à falta de competitividade encartados no inc. III, do art. 49, da LC 123, sobre os quais colacionamos abaixo as ilações de Marçal JUSTEN FILHO:

> A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação

> custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração [5] (grifos acrescidos).

Perceptível, então, que a maior vantagem ou mesmo a sua ausência, pode ser examinada sobre aspectos variados. O primeiro deles, e também o mais evidente, é o econômico. Segundo essa perspectiva de análise, identifica-se a vantajosidade no aproveitamento racionalmente mais satisfatório dos bens econômicos. Em outras palavras, a vantagem ultimada pelo Estado deve lhe assegurar o mínimo desembolso para o máximo aproveitamento possível.

Em comentários ao que dispõe o art. 10 do Decreto Federal 8.538/15, JUSTEN FILHO acrescenta o seguinte:

> Em primeiro lugar, deve-se destacar que o dispositivo não impõe a rejeição da licitação diferenciada em vista da ausência de obtenção do menor preço possível. Essa interpretação tornaria inútil a disciplina de licitações diferenciadas e inviabilizaria a função social ou extra econômica da contratação administrativa, tal como pretendida na LC nº 123. Afinal, se a ME ou EPP estivesse em condições de ofertar o menor preço possível, bastaria participar de uma licitação comum. Ao formular a menor proposta possível, venceria a licitação. Somente existe sentido na previsão de licitações diferenciadas porque se concebe que a e ME ou EPP ofertará propostas mais elevadas do que as apresentadas por outras empresas. Portanto, a aplicação das licitações diferenciadas conduzirá necessariamente à oneração dos cofres públicos em montante superior ao necessário.

Logo, não cabe adotar uma interpretação para o art. 49, inc. III, que torne inútil toda a disciplina de licitações diferenciadas e exclusivas. Em outras palavras, a regra deve merecer interpretação similar àquela adotada para o 24, inc. XIII, da Lei nº 8.666.

Em vista de tais pressupostos, deve-se entender que não se admitirá que a Administração Pública desembolse valores incompatíveis com os preços disponíveis no mercado. Se o resultado da licitação diferenciada conduzir a preços superiores aos usuais de mercado, caberá à Administração Pública promover a revogação da licitação.

Mas há outras perspectivas de vantajosidade que podem ser avaliadas pela Administração quando da realização (ou não) de licitações exclusivas. Vejamos o que diz o mestre Ivan Barbosa RIGOLIN:

> Diante do disposto no inc. III, e apenas diante disso, já é possível concluir que jamais a Administração precisará observar os arts. 47 e 48, porque jamais é vantajoso para a Administração suprimir uma parte dos potenciais licitantes.

Jamais é vantajoso a quem quer que seja reduzir a concorrência entre os seus potenciais fornecedores.

Se um ente público tiver oito licitantes, pode ser bom. Se tiver 9 será melhor, mas se tiver 17 será bastante melhor, e não tão melhor quanto se tiver 59 participantes, prontos a fornecer obras, serviços ou bens, todos concorrendo em preço dentro da qualidade mínima que o edital exige.

Mais licitantes são sempre melhor do que menos licitantes, em qualquer país do mundo, em qualquer circunstância, sob qualquer ponto de vista — desde que seja sério e honesto de propósito. Discordará, naturalmente, o pilantra a quem interessa viciar o edital com dirigismos que o favoreçam e eliminem a concorrência.

A seguir assim a legislação brasileira, espera-se que para participar de licitação no Brasil somente se admitira pequena ou microempresa. O único entrave no momento para tanto é a Constituição Federal e a legislação de normas gerais de licitação.

Já sob essa perspectiva, a vantajosidade relaciona-se à competitividade, a tal ponto que a diminuição de uma (competitividade) representa prejuízo para outra (vantajosidade). Seguindo esta linha de entendimento, o dever de deflagrar licitações exclusivas restaria afastado na grande maioria das hipóteses.

Apesar, como mencionado acima, há a possibilidade de concessão de maior vantagem as empresas de pequeno porte e as microempresas, inclusive quando a possibilidade de ofertar lances ao final com valores divergentes.

Este é o parecer, salvo melhor juízo.

III - CONCLUSÃO

Isto posto, decide-se pelo recebimento da impugnação, pois tempestiva, e no mérito julgar **IMPROCEDENTES** as pretensões da impugnante baseado no interesse público, princípio da competitividade e no caráter urgente da aquisição dos mantimentos objetos da presente, sob pena de grave prejuízo à saúde pública e os pacientes, mesmo

porque há previsão no edital de vantagem participativa às microempresas e empresas de pequeno porte (item 6.2 e 9.9.7).

Salvo melhor juízo.

Xaxim SC, 01 de março de 2019.

Ediane G. de Almeida
Pregoeira Designada